

הקדים את זמנו, אבל עתידו עוד לפניו

בעת שנחקק משטר הנאמנות הישראלי שלפי חוק הנאמנות הוא היה חריג בין משטרי הנאמנות בעולם. אף שמאז צעדו בעקבותיו מדינות נוספות ולמרות יתרונותיו של המודל הקיים, הצעת הקודקס מבקשת לשנות את המצב ולהעדיף את המודל המסורתי כמודל בלעדי. נראה כי ראוי לבחון את הדברים מחדש ולאפשר את השימוש במודלי נאמנות חלופיים

אדם חפרי־וינוגרדוב

שנתן לוה לרוכשי איגרות חוב שהוציא, או למלווה יחיד; ושימושים רבים נוספים.

בעת שנחקק משטר הנאמנות הישראלי שלפי חוק הנאמנות, תשל"ט-1979 (להלן: חוק הנאמנות או החוק) הוא היה חריג בין משטרי הנאמנות בעולם. בניגוד לרובם המכריע של משטרים אלה התיר החוק ליצור נאמנות ללא העברת הבעלות בנכסים הכפויים לה לידי הנאמן; לא הגביל את משך חייה הנאמנות; יצר שני משטרי נאמנות שונים, שתחולת אחד מהם תלויה בדרך יצירת הנאמנות, וקבע נורמה מחלופית שלפיה זכותו של הנהנה על פי אחד ממשטרים

אלה אינה ניתנת להמחאה, לשעבוד או לעיקול. במשטר הנאמנות הישראלי הוטחה ביקורת חריפה עוד במהלך חקיקת חוק הנאמנות וגם לאחר חקיקתו. עיקר הביקורת שיקפה עמדה כי היבטי יוצאי הדופן של המשטר אינם מקובלים ואינם מוצדקים. ראש למבקר החוק היה

נאמנות היא קשר משפטי שבו מעביר יוצר נכס לניהולו או החזקתו של נאמן עבור נהנה או למטרה אחרת. לנאמנות שימושים בתחומים רבים. משתמשים בה כדי לחלק זכויות ברכוש משפחה בין בני משפחה שונים; כדי לתמוך בבני משפחה חסרי ישע או חסרי כשרות משפטית; כדי להחזיק בכספים בזמן משא ומתן לכריתת חוזה ובמשך קיום חוזה; כדי לצמצם את נטל המס שלו כפוף רכושו של יחיד או רכושה של קבוצה; כתחליף לתאגיד, או כחלק ממבנה החזקות הכולל נאמנות ותאגיד; ככלי חלופי להליך פשיטת רגל, או לשם כינוס וחלוקה של נכסי

פושט הרגל; כדי להפריד את רכוש לקוחותיו של בעל מקצוע כגון עורך דין מרכזי שו הפרטי; כדרך המקובלת להחזקת מניות, הרשומות במרשם בעלי המניות על שם חברה לרישומים המחזיקה בהן בנאמנות עבור המשקיעים, המכונים "בעלי המניות"; כדי להחזיק בבטוחה



ד"ר אדם חפרי־וינוגרדוב, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים

בניגוד לרובם המכריע של משטרי הנאמנות בעולם, התיר החוק הישראלי ליצור נאמנות ללא העברת הבעלות בנכסים הכפויים לה לידי הנאמן

כדי לממש את יתרונו
הפוטנציאלי של
המשטר הקיים -
צמצום האפקטיביות
של הנאמנות ככלי
למילוט נכסים
ולתכנון מס - יש
צורך ביצירת דין
חדש ופרקטיקה
נוהגת חדשה.
בעלויות יצירתם
של אלה יישאו
בעיקר נותני שירותי
הנאמנות, ובעקיפין
גם לקוחותיהם



הישראלי, בביקורת עליו ובהתקרבותם של משטרי הנאמנות בשיטות משפט זרות לאותם היבטים של משטר הנאמנות הישראלי שנתפסו בשעת חקיקת החוק ובעיני מנסחי הצעת הקודקס כחריגים לא רצויים.

העברת הבעלות – האומנם "עיקר העיקרים"?

סעיף 1 לחוק הנאמנות מגדיר נאמנות כ"זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת". עיקר החידוש שבהגדרה זו הוא במה שאין בה: לא נדרש כי כדי ליצור נאמנות מפורשת (Express Trust) על יוצר הנאמנות להעביר לנאמן את הבעלות ברכוש הכפוף לנאמנות, או כי הנאמן ייהפך בדרך אחרת כלשהי לבעלי הרכוש הכפוף לנאמנות. זוהי העמדה המקובלת גם בפסיקת בית המשפט העליון (ראו למשל ע"א

5955/09 אמסטר נ' טאובר

(פורסם בנבו, 19.7.2011);

ע"א 6406/03 נאמני ההק"

דשות של העדה הספרדית

בעיה"ק צפת ומירון נ' כמוס

(פורסם בנבו, 16.6.2005)).

מנסחי חוק הנאמנות הישר-

אלי יצרו את משטר הנא-

מנות החוקק הראשון בעולם

שאיפשר יצירת נאמנות בלי

שהנאמן יהיה בעלי הרכוש

הכפוף לנאמנות. הדרישה כי

על הנאמן להיות בעליהם

של הנכסים הכפופים לנאמ-

נות הייתה ועודנה חלק מדיני הנאמנות האנגליים,

האמריקאיים ודיני הנאמנות של שיטות משפט אחר-

רות השייכות למשפחת המשפט המקובל. דרישה זו

נוכחת גם ברוב משטרי הנאמנות שבשיטות משפט

השייכות למשפחת המשפט הקונטיננטלי ולמשפחת

השיטות המערבות.

אף שרובם המכריע של משטרי הנאמנות בעולם

עדיין אינם מאפשרים יצירת נאמנות ללא העברת

בעלות בנכסים הכפופים לה לידי הנאמן, הרי שמאז

חקיקת חוק הנאמנות הישראלי נהפך מודל הנא-

מנות שבלא העברת בעלות בנכסים לנאמן לנפוץ

משהיה. שש שיטות משפט נוספות חוקקו מאז מש-

הושע ויסמן במאמרו החשוב "אבני נגף בחוק הנאמנות" (עיוני משפט ז 282 (1980)) (להלן: ויסמן). ויסמן טען כי הוויתור על הדרישה להעברת הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות לידי הנאמן הוא ויתור על "עיקר העיקרים שבנאמנות", והציע כי על אף נרסחו, ראוי לפרש את החוק כאילו דרש העברה כזאת. עוד טען ויסמן כי החוק מכיל סתירות בשאלת פתרון תחרות הזכויות העלולה להיווצר בין הנהנה ובין מי שרכש נכס נאמנות מאת נאמן תוך הפרה של תנאי הנאמנות; כי החוק פורס הגנה מופרזת על נהנה לפי נאמנות שנוצרה בכתב הקדש על ידי חיסון הנאתו מפני נושיו; וכי אי הגבלת משך הנאמנות היא מזיקה.

עמדתם של ויסמן ומבקרים אחרים כלפי חוק הנאמנות מצאה לה ביטוי בפרק הנאמנות שבהצעת חוק דיני ממונות, תשע"א-2011 (להלן: הצעת הקר-

דקס), האמורה להחליף שורה

של חוקים במשפט הפרטי

וביניהם חוק הנאמנות. אם

תיהפך הצעת הקודקס לחוק,

יחול במשטר הנאמנות הישר-

אלי שינוי רב-ממדי, ורוב

היבטי המשטר שעשו אותו

לחריג בינלאומי עם חקיקת

חוק הנאמנות ב-1979 ישונו

או יימחקו. אולם בעוד המ-

חוקק הישראלי מתמהמה,

גל גדול של שינויים עבר על

דיני הנאמנות שבשיטות

משפט אחרות, שקירב רבות

מהן דווקא לאותם היבטים של משטר הנאמנות

הישראלי שנתפסו בעיני מבקרי החוק ב-1979, כמו

גם בעיני מעצבי פרק הנאמנות שבהצעת הקודקס,

כיוצאי דופן שלא לטובה. היות שהיוזמה שבהצעת

הקודקס לשינוי משטר הנאמנות הישראלי מבוססת

בין היתר על חריגותם של כמה מהיבטיו בהשוואה

למשטרי נאמנות זרים כמצבם לפני 30 שנה, השי-

נויים האחרונים בדין הזר יוצרים צורך בדיון מחודש

בייחודו של משטר הנאמנות הישראלי הקיים ובשי-

נויים המוצעים בו. במאמרי "דין הנאמנות בישראל:

מאבני נגף לאבני חן?" (צפוי להתפרסם במשפטים

מה(2)) אני דן בהרחבה בייחודו של משטר הנאמנות

**עמדתם של מבקרי חוק
הנאמנות מצאה לה ביטוי בפרק
הנאמנות שבהצעת הקודקס.
אם תתקבל בחוק יחול במשטר
הנאמנות הישראלי שינוי רב-
ממדי, ורוב היבטי המשטר
שעשו אותו לחריג בינלאומי
עם חקיקת חוק הנאמנות
ב-1979 ישונו או יימחקו**

טרי נאמנות שאינם רואים בהעברת הבעלות בנכ"ס הכפופים לנאמנות לידי הנאמן תנאי הכרחי ליצירת נאמנות: סין, רוסיה, קוויבק, אורוגוואי, צ'כיה ודרום אפריקה. מודל נאמנות נוסף שאינו מכיל דרישה כי הנאמן יהיה בעלי הנכסים הכפופים לנאמנות מופיע באמנת האג על הדין החל על נאמנויות ועל ההכרה בהן (1985). בשנים האחרונות החלו גם מלומדים אחדים המתמחים בדיני נאמנות להודות כי העברת הבעלות אינה תנאי בל יעבור ליצירת נאמנות, וכי גם מודלי נאמנות אחרים מתקבלים על הדעת. במבט לאחור מתגלה אפוא כי משטר הנאמנות הישראלי, שאיפשר ליצור נאמנות ללא העברת הבעלות בנכסים הכפופים לה לידי הנאמן, הקדים כמעט כל שיטת משפט אחרת בזיהוי כיוון התפתחותם העתידי של דיני הנאמנות. אך בחלוציות כשלעצמה כמובן אין ערך. חידושים רבים במשפט

הם חידושים מזיקים, שטוב לולא היו מתחדשים. הייתכן שהרחבת תחומו של מוסד הנאמנות בסעיף 1 לחוק אינה בגדר עקירה של "עיקר העיקרים שבנאמנות", אלא היא חידוש ראוי ומועיל? אדון בכמה טיעונים המצדדים בהגבלת מוסד הנאמנות למתווה המסורתית, הרואה בהעברת הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות לידי הנאמן תנאי הכרחי ליצירתה:

1) נאמן שאינו בעלי הנכסים יאלץ להוכיח למי שירצה לעשות איתו או דרכו עסקאות בנכסים כי הוסמך על ידי הבעלים לבצען, ובכך תישא העסקה עלויות גבוהות יותר מאשר במקרה שהנאמן הוא בעליהם של הנכסים. ספק אם יש ממש בטיעון זה; במציאות ימינו, המבקש לעשות עסקה שבמוקדה נכס שאינו שולט בו דורש בדרך כלל מן הצד השני לט בנכס להציג לפניו ראיות לכוחו לעשות בנכס את העסקה כתנאי לעשיית העסקה. אין סיבה להניח כי העלות שבהצגת ראיות כאלה במקרה שנאמן הוא בעלי הנכסים הכפופים לנאמנות נמוכה מהעלות שבהצגת מסמך המעיד על כוחו של נאמן שאינו

בעלים לעשות בנכס את העסקה.

2) בעוד שדין הנאמנות מורה כי מותו של נאמן, אובדן כשרותו, התפטרותו וכדומה אינם מביאים כשלעצמם את הנאמנות לקיצה, הרי שהדין אינו מכיל הוראות בדבר השלכות מותו, אובדן כשרותו או פירוקו של יוצר או נהנה שהוא גם בעלי הנכסים מושאי הנאמנות. חסר זה יש להשלים בכתב הנאמנות, בפסיקה או בחקיקה.

3) בעוד שכוחם של נאמנים לעשות כרצונם בר"כוש הכפוף לנאמנות מוגבל בחובתם החוקית לנהוג באמונה ובשקידה במילוי התפקיד, הרי שכוחם של בעלים שאינם נאמנים לעשות כן אינו מוגבל על ידי חובות דומות, והם עלולים להשתמש בכוחם זה כדי להטעות צדדים שלישיים שאינם יודעים כי הנכסים כפופים לנאמנות. בעיה זו עשויה להיפתר למשל באמצעות התנאה בכתב הנאמנות, הלכה שיפוטית או

חקיקה אשר תקבע כי בעלים שאינם נאמן של רכוש הכפוף לנאמנות חסר את הכוח לשלוט בנכסים ולהקנות בהם זכויות לאחרים.

4) רוב הנאמנויות הכפופות לשיטות משפט המאפשרות להקצות את הבעלות בנכסים הכפופים לנאמנות לכל אחד מקטביה, לרבות לשיטת המשפט הישראלי, נוצרות בכל זאת בדרך המסורתית, על ידי העברת הבעלות בנכסים לנאמן. כמו

כן, אפשר לראות כי יוצרי נאמנות תושבי המדינות ששיטות המשפט שלהן מגלות גמישות כאמור נכנסים במקרים רבים להחיל משטרי נאמנות זרים על הנאמנויות שהם יוצרים ולא את משטר הנאמנות המקומי. נראה אפוא כי משטרי נאמנות המרחיבים את מושג הנאמנות מעבר למודל המסורתי יוצרים בלבול בקרב צרכני המשפט.

המשותף לרוב הטיעונים הללו הוא כי החדרת מודלי נאמנות הנמנעים מהדרישה המסורתית להעברת הבעלות בנכסים לנאמן מחייבת תהליך של לימוד והתאמה מצד העוסקים בתחום, בתי המשפט והמחוקק. תהליך זה כרוך בעלויות, ומנקודת מבט

היזמה לשינוי משטר הנאמנות הישראלי בהצעת הקודקס מבוססת גם על חריגותם של כמה מהיבטיו בהשוואה למשטרי נאמנות זרים לפני 30 שנה. השינויים האחרונים בדין הזר יוצרים צורך בדיון מחודש בשינויים המוצעים במשטר הנאמנות הישראלי

משטר הנאמנות הישראלי הקיים מאפשר. מנגד, הפתרון האמור משקף השלמה עם מחירו הכבד: דהיינו, עם החובות ועם המיסים שאינם נגבים עקב השימוש במודל המסורתי. כל חוב שאינו נגבה פוגע בעקרון הצדק המתקן. הוא פוגע גם בעקרון הצדק החלוקתי; מודעות נותני האשראי לאפשרות שייתקלו בקשיי גבייה עקב שימושם של חייבים בנאמנות עלולה להביאם להפנים את הסיכון שכך יקרה לתוך מחיר האשראי שידרשו, ייקור שיפגע גם בלוים שאינם משתמשים בנאמנויות, המתוחכמים פחות ומבוססים פחות בדרך כלל מן המשתמשים בהן. גם הקיטון בגביית המיסים כתוצאה משימוש בנאמנויות שלפי המודל המסורתי פוגע בעקרון הצדק החלוקתי; הוא מאלץ את רוב האוכלוסייה, שאינה מצמצמת את נטל המס המוטל עליה על ידי תכנון מס, לשאת בנטל מס כבד יותר.

את ההתלבטות בין משטר הנאמנות הישראלי הקיים ובין החזרה למודל הנאמנות המסורתי כמודל המותר היחיד יש לפתור כאמור על ידי השוואת מחירה ותועלתה של כל אחת מהאפשרויות. כדי לממש את יתרונו הפוטנציאלי של המשטר הקיים – צמצום האפקטיביות של הנאמנות ככלי למילוט נכסים ולתכנון מס – יש צורך ביצירת דין חדש ופרקטיקה נוהגת חדשה. בעלויות של יצירתם של אלה

יישאו בעיקר נותני שירותי הנאמנות, ובעקיפין גם לקוחותיהם. לעומת זאת, מחיר המשך השימוש בנאמנויות ככלי למילוט נכסים מנושים ותכנון מס ישולם בעיקר על ידי החלק בציבור שאינו משתמש בנאמנויות למטרות אלה – כלומר, על ידי השכבות המבוססות פחות. אשר על כן נראה כי ראוי יותר לשמר את האפשרות שיוצר משטר הנאמנות הישראלי הקיים לשימוש במודלי נאמנות חלופיים מאשר לוותר על אפשרות זו, כמוצע בהצעת הקודקס, ולבחור במודל הנאמנות המסורתי כמודל המותר היחיד. לצד זאת יש לקדם את התיקונים הדרושים כדי למנוע את השימוש במודל הנאמנות המסורתי למטרות הפוגעניות האמורות. ☞

כלכלית נראה כי ראוי להתיר מודלי נאמנות החרגים מהמודל המסורתי רק אם יתרונותיהם עולים על העלויות הללו.

היתרון העיקרי של הרחבת מוסד הנאמנות למצבים שבהם הבעלות בנכסים הכפופים לה מוקצית ליוצר או לנהנה נעוץ בפוטנציאל הטמון בהרחבה זו לצמצום האפקטיביות של מוסד הנאמנות ככלי למילוט נכסי חייבים מנושיהם ולתכנון מס הפוגע בהכנסות המדינה. נאמנויות הן כלי מרכזי המשמש למטרות אלה בעיקר משום שיצירתן לפי המודל המסורתי כרוכה בהעברת הבעלות בנכסים הכפופים להן לנאמן, כך שגביית חובות של היוצר או של הנהנה מתוך נכסים אלה נעשית מורכבת ויקרה יותר לעומת גביית אותם חובות כאשר ליוצר או לנהנה בעלות בנכסים. לצד הרחקת הנכס מהישג ידם של נושים ושל רשויות המס, הנאמנות מאפשרת ליוצר

להותיר בידי זכויות הנאה בנכסים הכפופים לנאמן, נותן, ואף מידה מסוימת של שליטה בהם. מובן מדוע נרטיבים יוצרי נאמנויות רבים בישראל לדבוק במודל המסורתי ולא להשתמש במודל לים האחרים שמאפשר חוק הנאמנות הישראלי; אולם יש להניח כי אם יוענקו תמריצי ליצרי נאמנויות שלא לבחור במודל המסורתי, או יתוקן הדין כך שהבחירה במודל המסורתי לא תועיל

עוד למילוט נכסים או לתכנון מס, ייטו יוצרי נאמנויות לעשות שימוש מוגבר במודלים החרגים מהמודל המסורתי, שיספקו הגנה טובה יותר לנושיהם של יוצרי הנאמנות והנהנים ממנה ויקלו את גביית המיסים. עד שלא יוענקו תמריצים כאלה או יתרוקן הדין הקיים, יתרונו העיקרי של משטר הנאמנות הישראלי הגמיש לא יבוא לידי ביטוי בחיי המעשה. מנסחי הצעת הקודקס בחרו להשיב על כנו את מודל הנאמנות המסורתי כדרך היחידה ליצור נאמנות. הדיון עד כאן ממחיש את יתרונו של פתרון זה: הוא מייתר את המאמץ השיפוטי, החקיקתי והמקצועי הנדרש לשם השמשת מודלי הנאמנות האחרים

יתרונו של מודל הנאמנות המסורתי כמודל יחיד מייתר את המאמץ השיפוטי, החקיקתי והמקצועי הנדרש להשמשת מודלי הנאמנות האחרים. מנגד, הפתרון האמור משקף השלמה עם מחירו הכבד, דהיינו עם החובות ועם המיסים שאינם נגבים עקב השימוש במודל זה